

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۶، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۴

صفحات ۶۷۷ تا ۶۹۸

آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر

اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی

نسرین طباطبائی حصاری*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی (مؤسسه حقوق تطبیقی) دانشگاه تهران

محمد حسن صادقی مقدم

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(Email: mhsadeghy@ut.ac.ir)

(تاریخ دریافت ۱۳۹۴/۲/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۵/۱۰)

چکیده

تضمین «امنیت معاملات حقوقی» در خصوص املاک و برقراری «نظم حقوقی» در این حوزه یکی از بااهمیت‌ترین مسائل حقوقی هر کشوری است. بی‌توجهی به «استقلال نظام ثبت املاک» از نظام حقوق مدنی در وضع، تفسیر و اصلاح مقررات ثبت املاک و بی‌اعتنایی به «مبانی و کارکردهای» نظام ثبت املاک در بسیاری از کشورها، از جمله ایران، سبب به‌خطا رفتن دکترین و رویه قضایی در ارائه راه‌حل‌های حقوقی در این حوزه و تعیین ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات املاک شده است. در حالی که ارائه هر راه‌حلی در این حوزه باید با توجه به مبانی حمایتی نظام ثبت املاک از «مالک» و «اشخاص ثالث» و کارکردها و اوصاف «اطلاع‌رسانی» و «رفع تعارض» نظام‌های ثبتی باشد. بر همین مبنا، تقسیم‌بندی نظام‌های ثبتی از لحاظ آثار به نظام‌های ثبتی «ایجاد» و «تأیید» قابل طرح است. این تقسیم‌بندی بیانگر آن است که در هر حال، ثبت در اعتبار عمل حقوقی راجع به املاک مؤثر می‌باشد؛ هر چند میزان این تأثیر بر حسب نوع نظام متفاوت است.

واژگان کلیدی

حقوق ثبت، ضمانت اجرای ثبت املاک، نظام‌های تأییدی و ایجاد ثبت املاک، وصف اطلاع‌رسانی ثبت، وصف حمایتی ثبت.

مقدمه

اهمیت حقوقی و اقتصادی املاک و اینکه املاک موضوع دعاوی بزرگ و طولانی دستگاه قضایی هستند، نظام‌های حقوقی مختلف را بر آن داشته است تا به دنبال راهکارهایی برای تضمین امنیت معاملات حقوقی در خصوص املاک و برقراری نظم حقوقی این اموال باشند. به همین منظور، نهاد ثبت املاک و ثبت معاملات ایجاد شده است.

مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی مختلف نشان می‌دهد که این نظام‌ها مفاهیم متفاوتی را از ثبت پذیرفته‌اند و این امر منجر به آن شده است که در هر کشوری - با توجه به مفهوم پذیرفته‌شده از ثبت - اثر ثبت بر اعتبار اعمال حقوقی به‌ویژه معاملات ناقل حق مالکیت، متفاوت باشد.

به اعتقاد ایو پیکد (Yves Picod)، حقوق‌دان فرانسوی، قانون‌گذار که باید آثار ثبت را مشخص کند، ممکن است میان مفاهیم متعدد نظام ثبتی مردد باشد و بر حسب گزینش هر یک از مفاهیم ثبتی، اثری که ثبت بر اعتبار اعمال حقوقی می‌گذارد، متفاوت خواهد بود (Picod, 1999, p.589).

در تعیین آثار ثبت بر اعتبار اعمال حقوقی و تعیین ضمانت اجرای شکل‌گرایی ثبتی، بی‌گمان ملاحظه مبانی و کارکردها و اوصاف مورد انتظار از نظام‌های ثبتی اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد؛ زیرا بر مبنای کارکردهای مورد انتظار از نظام ثبتی که بیانگر مبانی و اهداف ثبت است، می‌توان ضمانت اجرای صحیح عدم ثبت عمل حقوقی را تعیین کرد. در حالی که اگر ضمانت اجرای عدم ثبت معامله بدون لحاظ مبانی و کارکردهای نظام ثبتی تعیین شود، بی‌تردید نمی‌تواند هدف قانون‌گذار را از ایجاد نهاد ثبت، تحقق بخشد. در این مقاله، نخست کارکردها و اوصاف مورد انتظار از نظام ثبتی تحلیل می‌شود، سپس بر مبنای این کارکردها، اقسام نظام‌های ثبت املاک در دنیا از لحاظ تأثیر ثبت بر اعتبار عمل حقوقی بررسی می‌گردد.

کارکردها و اوصاف نظام ثبت املاک

بعد از فروپاشی نظام‌های حقوقی شکل‌گرا^۱ و حاکمیت نظام‌های حقوقی رضاگرا^۲ در

۱. شکل‌گرایی به ضرورت و لزوم وجود شکل و فرم معین برای اثرگذاری کامل عمل حقوقی اطلاق می‌شود که دارای ضمانت اجرایی متناسب با اهداف و مبانی ایجاد آن شکل است. این ضمانت اجرا بر حسب مورد ممکن است بطلان، عدم قابلیت استناد و یا عدم قابلیت اثبات باشد.

۲. نظام رضاگرا مبتنی بر حاکمیت اراده بوده و رضای ساده متعاملین صرف نظر از شکل ابراز آن الزام‌آور

دنیا، بسیاری از معاملات املاک، پنهانی و دور از چشم «اشخاص ثالث» صورت می‌گرفت (Gueriero, 1975, p.39). همین امر لزوم اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث را در خصوص وضعیت حقوقی ملک موضوع معامله مطرح نمود. افزون‌براین، لزوم «حمایت از مالک ملک»، وجود شیوه‌هایی غیر از تصرف فیزیکی را برای تضمین حق مالکیت مطرح ساخت تا مالک را مطمئن گرداند که در صورت وجود ادعاهای متعارض در خصوص داشتن حق نسبت به ملک، از حق او که مقدم است، حمایت می‌شود. بنابراین با هدف حمایت هم‌زمان از «مالک» و «اشخاص ثالث»، نظام‌های ثبت املاک با دو کارکرد اطلاع‌رسانی، و حمایتی یا رفع تعارض ایجاد شدند.

۱. وصف و کارکرد اطلاع‌رسانی نظام‌های ثبت املاک

شکل‌گرایی ثبتی با ارائه اطلاعات ضروری در خصوص املاک ثبت‌شده تا حد ممکن متعاملین را از «وضعیت حقوقی» ملک ثبت‌شده و مالک قانونی آن آگاه و به این وسیله زمینه بروز بسیاری از تعارضات را از بین خواهد برد و در صورتی که باوجود این تدابیر، تعارضاتی میان حقوق عینی نسبت به مال واحدی به‌وجود آید، به حل و فصل این تعارضات خواهد پرداخت.

درواقع، یکی از اهداف نظام‌های ثبتی، فراهم کردن امنیت معاملات به‌وسیله کاهش اطلاعات غیرمستقارن میان متعاقدین و «اطلاع‌رسانی» صحیح درباره وضعیت حقوقی املاک است. برای دستیابی به این هدف، نظام ثبت، سیستم اطلاعاتی است که بر سه عنصر متمرکز می‌شود و در خصوص آن‌ها به اشخاص اطلاع‌رسانی می‌کند. این سه عنصر عبارت‌اند از: موضوع حق (مشخصات کامل ملک)، ماهیت حق (حق مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق و ...) و دارنده حق. در نظام‌های مختلف روش‌های متفاوتی برای ثبت دامنه اطلاعات و سطح دقت و درستی آن به کار گرفته می‌شود. برای مثال ممکن است در یک نظام، سند مربوط به یک وام تضمین‌شده به ثبت برسد و در نظام دیگری ممکن

است تنها در دفاتر ثبتی قید شود که وام‌دهنده دارای حق تضمین شده نسبت به ملکی است و اطلاعات اضافی مانند میزان حق و سایر اطلاعات از خود متعاملین قابل اکتساب باشد. از منظر امنیت معاملات، اطلاعات ثبت شده باید به کاهش خطرهایی بینجامد که مالک یا اشخاص ثالث مانند خریدار یا وام‌دهنده ممکن است با آن‌ها روبرو باشند. بنابراین اطلاعاتی که در مدیریت و کاهش ریسک معاملات مؤثر است، باید در نظام ثبتی موجود باشد و در نتیجه، وجود این اطلاعات مانع از بروز بسیاری از دعاوی حقوقی می‌شود. اطلاعات زائد و غیرمؤثر نیاز به ثبت ندارد، ولی یک نظام ثبتی ممکن است دربرگیرنده اطلاعاتی باشد که برای ادارات و نهادهای عمومی و نظارتی جامعه دارای ارزش است. اطلاعات موردنیاز برای کاهش عدم تقارن اطلاعات متعاقدين درباره ملک ثبت شده است و کاهش ریسک باید از همه حقوق درباره آن ملک پرده بردارد؛ به گونه‌ای که برای مثال، خریدار و وام‌دهنده بتوانند در سطح مطلوبی، از وضعیت حقوقی واقعی ملک اطمینان حاصل کنند، وگرنه ممکن است میان حقوق آن‌ها و حقوقی که قبلاً برای اشخاص دیگر نسبت به همان ملک به وجود آمده و به نحوی به اطلاع طرفین نرسیده باشد، تعارض ایجاد شود (Palmer, 1998, Vol. 15, p. 90).

بنابراین، اطلاعات ثبت شده باید قابل اعتماد باشد و امکان مدیریت ریسک را برای طرفین فراهم کند. انتخاب نظام ثبتی که مستلزم ورود کلیه اطلاعات موردنیاز باشد، به همان نسبت دشوار و پرهزینه است. یکی از راه‌های کنترل و ارزیابی صحت اطلاعات وارده، استفاده از افراد حرفه‌ای نظیر سردفتران و کارشناسان اموال است. آن‌ها صحت اطلاعات را پیش از رسیدن به ادارات ثبت، تصدیق و گواهی می‌کنند.

مدیریت ریسک زمانی کامل می‌شود که اطلاعات ثبت شده با سرعت کافی «قابل دسترسی و بازیابی» باشند. معاملات در بازار اغلب در یک دوره زمانی حساس صورت می‌گیرد. شخصی از قبیل وام‌دهنده یا خریدار بعدی، برای تصمیم‌گیری در یک دوره زمانی مشخص، مایل است از ادعای مالکیت فروشنده یا وثیقه‌گذار نسبت به ملک اطمینان پیدا کند. اگر اطلاعات با سرعت کافی از دفاتر ثبتی بازیافت نشود و در دسترس قرار نگیرد، معاملاتی که بالقوه برای گردش اقتصادی جامعه مفید است، امکان انعقاد پیدا نمی‌کند. نظام‌های کارآمد ثبتی سعی در افزایش سطح کیفیت دستیابی عموم به اطلاعات ثبت شده دارند. با اتخاذ یک نظام ثبتی که اطلاعات بر پایه املاک ثبت و ضبط شده است (نظام ثبت عینی)، به جای نظام ثبتی که در آن ثبت و ضبط

اطلاعات بر پایه اشخاص دارنده حق صورت می‌گیرد (نظام ثبت شخصی)^۳، ثبت معاملات هر شخص در پرونده همان ملک انجام می‌شود و با استفاده از رایانه بازیابی شده، دسترسی به آن آسان‌تر خواهد بود (Palmer, 1998, Vol. 15, p. 90-91).

در عین حال، زمانی که باوجود ایفای نقش اطلاع‌رسانی نظام ثبت، به دلایلی مانند بی‌توجهی متعقدین به اطلاعات ثبت‌شده یا خودداری از ثبت معامله صورت‌گرفته، تعارضاتی میان حقوق اشخاص نسبت به مال معینی به‌وجود آید، نظام ثبتی، به حل و فصل تعارضات و ایفای نقش حمایتی خود می‌پردازد.

البته در برخی مصادیق، شکل‌گرایی ثبتی به‌هیچ‌وجه به‌عنوان ابزار حمایتی از منافع متعقدین مقرر نشده، به‌دنبال آن نیست که با ارائه راه‌حلی به حل و فصل تعارضات موجود میان حقوق عینی نسبت به مال غیرمنقول واحدی بپردازد و حقوق عینی ثبت‌نشده را غیرقابل استناد یا باطل فرض کند، بلکه در این شرایط، صرفاً نقش اطلاع‌رسانی را دارا خواهد بود؛ ازجمله آن‌ها، نقل و انتقال حق مالکیت (باتوجه به مفهوم وسیع انتقال و نه مفهوم تکنیکی آن) است که به‌طور کامل به اراده متعقدین وابسته نیست، ولی نمی‌توان تصور کرد که در صورت ثبت نشدن انتقالی رخ نداده است و یا در برابر ثالث قابل استناد نیست.

نمونه شایع در این خصوص، وضعیت انتقال در اثر فوت است. تصور آنکه انتقال مالکیت ناشی از فوت رخ نداده است و یا در برابر ثالث قابل استناد نیست، غیرممکن است. قطعاً در این شرایط ثبت نمی‌تواند نقش حمایتی ایفا کند و انتقال ثبت‌نشده مال به وراثت را باطل یا غیرقابل استناد بداند، بلکه ثبت در این خصوص صرفاً نقش اطلاع‌رسانی خواهد داشت. همین مسئله در خصوص «اعمال اعلامی» (Actes déclaratifs) مانند «تقسیم» (Partage) مال غیرمنقول که صرفاً وضعیت موجود را اعلام می‌کند، مطرح است.

گفتنی است که این نقش اطلاع‌رسانی حتی در درون نظام‌های ثبتی که ویژگی عمده آن‌ها قائل شدن اثر ایجاد^۴ و سازنده برای شکل‌گرایی ثبتی می‌باشد، وجود دارد؛

۱. برای مطالعه در خصوص نظام‌های ثبت شخصی و عینی، ر.ک. طباطبائی حصارى، ۱۳۸۹.

۲. در حقوق فرانسه، این نقش ثبت نسبت به نقش پیشین جدید است، زیرا آیین‌نامه ۳۰ اکتبر ۱۹۳۵ بود که ثبت انتقالات به سبب مرگ و اعمال اعلامی را مقرر داشت.

۳. برای مطالعه در خصوص نظام‌های ثبتی ایجادى و تأییدی به ادامه همین نوشتار مراجعه کنید.

زیرا حتی چنین نظام‌های حقوقی نیز نمی‌توانند به مالکیت‌های ناشی از انتقال ترکه یا تقسیم بی‌اعتنا باشند و آن‌ها را نادیده بگیرند. دیوان عالی کشور فرانسه این پدیده را به‌درستی ضمن رای‌ی بیان می‌کند.

در رأی یادشده بحث بر سر نوعی «سهام با نام» (Action nominative) منتشره از سوی یک «شرکت سهامی» (Société a nonyme) است که این نوع سهام تابع یک رژیم مشابه رژیم حقوق عینی غیرمنقول در نظام‌هایی است که برای ثبت قائل به «اثر ایجاد» هستند؛ زیرا انتقال مالکیت این نوع سهام ناشی از تشریفات ثبتی و با ثبت سهام به نام دارنده جدید در دفاتر شرکت است. در پرونده یادشده این سهام همراه با سایر ترکه و بدون ثبت در دفاتر شرکت تقسیم شده است. یکی از وراث ادعا کرده که این نحوه تقسیم سهام اشتباه و بی‌اثر بوده و در نتیجه سهام به دیگر وراث منتقل نشده است، زیرا مرگ دارنده سهام و تقسیم آن میان ورثه هرگز موضوع ثبت جدید در دفاتر ثبت شرکت قرار نگرفته است، دیوان عالی کشور در رای خود اعلام نمود که «...این تقسیم است و نه ثبت که مالکیت چنین سهامی را منتقل می‌کند» (Bull.Civ. I, N° 15, p.11).

۲. وصف و کارکرد حمایتی یا رفع تعارض نظام ثبت املاک

هیچ نظام ثبتی تنها برای اطلاع‌رسانی در خصوص وضعیت حقوقی املاک به‌وجود نیامده است. ثبت همواره در حل و فصل تعارضات آثار قطعی و مسلم حقوقی دارد و این ویژگی است که جوهر همه نظام‌های ثبتی را تشکیل می‌دهد. نقش حمایتی شکل‌گرایی ثبتی از طریق حل و فصل تعارض میان حقوق، ممکن است به دو شیوه کاملاً متفاوت بروز نماید؛ بر حسب آنکه برای شکل‌گرایی ثبتی اثر «ایجاد» (Constitutif) یا اثر صرفاً «حمایت‌کننده یا تأییدی» (Confortatif) شناسایی شود. حق انتخاب هریک از آثار یادشده نیز با قانون‌گذار است که در هر نظام حقوقی با لحاظ مبانی مورد انتظار برای نظام ثبتی، به انتخاب این اثر می‌پردازد.

اگر برای ثبت، اثر ایجادکننده در نظر گرفته شود، می‌توان نتیجه گرفت که دیگر اراده افراد به‌تنهایی ایجادکننده حق نیست، بلکه رعایت شکل‌گرایی ثبتی برای ایجاد حق ضروری است و ثبت باید به‌عنوان عنصر مبنایی اثربخشی حقوق عینی در نظر گرفته

شود. این امر منتج به آن می‌شود که برای مثال، انتقال مالکیت نتیجه صرف توافق اراده‌های متعاقدين نباشد، بلکه ثبت عامل نهایی در این انتقال قرار گیرد. در حقوق آلمان و سوئیس چنین نظامی را در خصوص املاک می‌توان ملاحظه کرد. در برخی نظام‌های حقوقی همانند نظام حقوقی حاکم در فرانسه (در معاملات املاک)، شکل‌گرایی ثبتی صرفاً جنبه تأییدکننده دارد. این ثبت نیست که انتقال مالکیت را انجام می‌دهد، یا به عبارت کلی‌تر، ثبت حقوق عینی غیرمنقول را منتقل نمی‌کند، این اراده متعاقدين است که انتقال‌دهنده حقوق عینی غیرمنقول است.^۶ در چنین نظام‌های حقوقی، اصولاً ثبت صرفاً در قابلیت استناد حقوق عینی و نقل و انتقال آن در برابر اشخاص ثالث اثر دارد، اما ثبت انتقال‌دهنده یا ایجادکننده حق نیست. تکنیک عدم قابلیت استناد عمل حقوقی ثبت‌نشده در برابر برخی اشخاص، از این امر نشئت می‌گیرد که به شکل‌گرایی ثبتی اثر تقویت‌کننده که اثری حمایتی است، اعطا شده است. دو مثال از حقوق فرانسه که از نظر عملی قابل توجه است، این امر را ثابت می‌کند:

مثال اول، فروش املاک است. برابر ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه، بیع موجب انتقال مالکیت به صرف تراضی متعاقدين می‌شود. حال فرض کنید مالک ملکی آن را طی دو بیع متوالی به دو شخص متفاوت فروخته باشد؛ کدام یک از این دو، مالک خواهند بود؟

اگر از قواعد ثبتی صرف نظر کنیم، باید قواعد عمومی حقوق را به کار برده، بگوییم از آنجایی که هنگام بیع دوم، فروشنده دیگر مالک مال غیرمنقول نبوده، پس نمی‌توانسته است مالکیت مال غیرمنقول را منتقل کند. بنابراین انتقال دوم از سوی شخص غیرمالک (Non domino) (فضول) واقع شده است. لذا گذشته از همه ملاحظات، صرفاً تاریخ هر دو بیع را در نظر گرفته، حق را به منتقل‌الیه اول داده، او را مقدم می‌دانیم.

در اینجا است که قواعد مربوط به شکل‌گرایی ثبتی برای «حل و فصل تعارضات ایجادشده» میان این دو منتقل‌الیه دخالت کرده، استثنایی را به قواعد عمومی وارد می‌کند. با دخالت شکل‌گرایی ثبتی، دیگر در همه وضعیت‌ها منتقل‌الیه اولی که از لحاظ زمانی بیع او زودتر منعقد شده است، مقدم نمی‌شود، بلکه از میان این دو منتقل‌الیه

۱. در حقوق فرانسه این موضوع در مواد ۱۵۸۳ و ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه منعکس شده است.

کسی مقدم می‌شود که اول مالکیتش ثبت شده باشد. لذا راه‌حل ارائه‌شده به‌وسیله شکل‌گرایی ثبتی در وضعیتی که منتقل‌الیه دوم ابتدا بیعش را ثبت کرده باشد، با قواعد عمومی حقوقی در تعارض قرار می‌گیرد؛ زیرا قواعد ثبتی، عیب انتقال از شخص غیرمالک (فضول) را از میان می‌برند و به این وسیله به منتقل‌الیه دوم حق تقدم می‌دهند. چنین نظامی حمایت از هر دو منتقل‌الیه را تضمین می‌کند؛ در صورتی که آن‌ها پرداخت ثمن را موقوف به اجرای امور شکلی ثبت نمایند. زیرا به این ترتیب، فقط در صورتی که تشریفات ثبتی به‌درستی و بدون هیچ خطری برای منتقل‌الیه انجام شود، ثمن بیع به نفع فروشنده پرداخت خواهد شد. به این وسیله، با ثبت معامله، منتقل‌الیه در برابر همه منتقل‌الیه‌های دیگر همان مال که معامله آن‌ها ثبت نشده باشد، حمایت می‌شود (Dugout et Frémont, 2003 p.3).

در خصوص منتقل‌الیه و طلبکاران رهنی فروشنده نیز قضیه به همین صورت است. حق تقدم (Priorité) ناشی از ثبت، تعارض را حل می‌کند. با ثبت مالکیت به نام منتقل‌الیه اولی، حق وی در برابر همه طلبکاران فروشنده (دیگران) قابل استناد است. برعکس اگر یک طلبکار دارای حق رهن زودتر حق رهن خود را به ثبت رسانده باشد یا یک طلبکار بدون حق رهن زودتر نسبت به ثبت تقاضای توقیف و بازداشت (Commandement de saisie) خود اقدام کرده باشد، این ثبت، او را نسبت به منتقل‌الیه مقدم می‌سازد. در خصوص طلبکاران متعدد که دارای حق رهن نسبت به مال واحدی باشند نیز ثبت روش مشابهی را برای حمایت از منافع آنان به کار می‌برد. به لطف نظریه شکل‌گرایی ثبتی، طلبکاران رهنی مطمئن می‌شوند که ثبت حق رهنشان به ترتیب محل استناد خواهد بود و هیچ انتقالی در برابر آن‌ها قابل استناد یا معتبر نیست (Dugout et Frémont, 2003, p.3-4).

بنابراین، ثبت رخدادی حقوقی است که سازوکاری حمایتی برای دارنده حق برای حل و فصل و اداره اختلافات به‌وجود می‌آورد (Palmer, 1998, p. 91-92).

۳. اثر اوصاف و کارکردهای نظام ثبت املاک بر اتخاذ ضمانت اجرای ثبتی

اگر هدف از ثبت و دو کارکرد «اطلاع‌رسانی» و «حمایتی» آن صرفاً «اثبات عمل حقوقی» باشد، نبود آن مانع اثبات است، اما به اعتبار عمل حقوقی آسیبی وارد نمی‌کند و سبب بطلان یا عدم قابلیت استناد آن نمی‌شود. درحالی که بررسی مبانی و

کارکردهای دوگانه نظام‌های ثبتی نشان می‌دهد که مبنا و هدف نظام ثبتی تنها فراهم نمودن وسیله‌ای برای اثبات عمل حقوقی نیست، بلکه ثبت بر مبنای حمایت از «اشخاص ثالث» و «مالک» به وجود آمده، بنابراین ضمانت اجرای طراحی شده از سوی نظام‌های ثبتی نمی‌تواند فقط عدم امکان اثبات در صورت رعایت نکردن تشریفات ثبتی باشد. اگر مبنای ثبت فقط حمایت از اشخاص ثالث و آگاهی بخشیدن به آن‌ها باشد، رعایت نکردن امور شکلی یادشده عمل حقوقی را در برابر ثالث غیرقابل استناد می‌کند، اما آن عمل حقوقی همه آثار خود را بین متعاقدين به‌بار می‌آورد. ولی هنگامی که حمایت از متعاقدين، به‌ویژه مالک ملک ثبت‌شده، از جمله مبانی نظام‌های ثبتی مطرح شود، به نظر می‌رسد باید معتقد بود که رعایت نکردن تشریفات ثبتی به اعتبار عمل حقوقی آسیب وارد می‌کند و یا حداقل مانع انتقال ملک در برابر اشخاص ثالث می‌شود (Gueriero, 1975, p.29). بنابراین با لحاظ مبانی نظام‌های ثبتی هیچ تردیدی باقی نمی‌ماند که ضمانت اجرای نظام ثبتی در هر حال با ثبوت و اعتبار نقل و انتقالات و یا ایجاد حقوق عینی غیرمنقول مرتبط است و محدود کردن ضمانت اجرای عدم ثبت به «اثبات» و تأثیر نداشتن آن در امر «ثبوت حق»، به معنای نادیده گرفتن نظام ثبتی و مبانی حمایتی دوگانه آن از مالک و اشخاص ثالث و نیز ارائه راه‌حل صرفاً مدنی است.

اثر «ثبت» بر «اعتبار معاملات حقوقی ناقل حق مالکیت» و ارتباط این دو با هم در نظام‌های حقوقی مختلف، مسئله‌ای پیچیده است. روشن است که تجزیه و تحلیل «انتقال» به‌عنوان یک «عمل بسیط» (Act unique) (اراده متعاقدين در فرانسسه، عمل عینی انتزاعی در آلمان: Act réél abstrait: euflassung) یا «عملیات دوگانه (مرکب)» (Opération double) (همانند اتریش و سوئیس) دارای اثر معینی بر نقش، قلمرو و آثاری است که برای ثبت می‌شناسیم. اگر بخواهیم اصل «انتقال مالکیت» به‌صرف تراضی را حفظ کنیم، ثبت حداقل از لحاظ تئوری نباید در «ایجاد و انتقال حق» هیچ اثری داشته باشد؛ درحالی که بیان درست و شایسته آن است که گفته شود، هنگامی که ثبت بیش از یک وسیله اطلاع‌رسانی ساده است و نقش آن صرفاً به اطلاع‌رسانی در خصوص وضعیت حقوقی املاک ثبت‌شده محدود نمی‌شود، بلکه در رفع تعارضات مربوط به حقوق عینی این اموال نیز نقش دارد، ضرورتاً انتقال حقوق عینی را تحت تأثیر قرار خواهد داد. این تأثیر ممکن است کامل و دارای اثر سازنده و ایجاددی در نقل و انتقالات حق مالکیت باشد؛ به‌گونه‌ای که بدون آن انتقال حق مالکیت نه‌تنها در برابر ثالث قابل

استناد نیست، بلکه این انتقال میان متعاقدين هم صورت نگرفته یا دارای مرتبه پایین تری از تأثیرگذاری و دارای اثر تقویت کننده و تأییدکننده نقل و انتقالات صورت گرفته در برابر اشخاص ثالث (قابلیت استناد) باشد. بنابراین در همه نظام‌های ثبتی حداقل اثر «عدم قابلیت استناد» را در مفهومی وسیع به عنوان ضمانت اجرای عدم ثبت عمل حقوقی می توان شناسایی کرد. ولی در برخی نظام‌ها این اثر اساساً ناشی از عدم انتقال حق مالکیت میان متعاقدين است. بر این اساس می توان گفت که نزدیکی و مجاورتی میان همه نظام‌های ثبتی از این لحاظ وجود دارد (Mouly, 2003, p. 4-5).

انواع نظام‌های ثبتی از لحاظ اثر بر اعتبار اعمال حقوقی

با توجه به دو کارکرد نظام ثبتی و اثر آن در ضمانت اجرای نظام ثبتی که در گفتار پیشین مطالعه شد، از لحاظ آثار ثبت بر معاملات املاک می توان نظام‌های حقوقی را به دو دسته عمده تقسیم کرد: دسته نخست نظام‌هایی هستند که در آن‌ها ثبت سبب «ایجاد حق» (Création des droits) می شود و می توان از آن‌ها به عنوان نظام‌های «ایجادى یا دارای اثر ایجادکننده» (Systèmes de publicité à effet constitutive) نام برد. دسته دوم نیز نظام‌هایی هستند که در آن‌ها ثبت به «اعلام و اطلاع رسانی ساده» (Simple declaration) حقوق اموال غیرمنقول و قابلیت استناد آن در برابر ثالث می پردازد که می توان از آن‌ها با عنوان نظام‌های «تأییدی» یا دارای اثر «تصدیق کننده و حمایتی» (Systèmes de publicité à effet confortatif) یاد کرد.

تفاوت بنیادین میان این دو نظام آن است که در یکی ثبت برای ایجاد حق لازم است که این نظام در حقوق آلمان و کشورهای که تحت تأثیر نظام حقوقی آلمان (German-influenced jurisdictions) هستند نفوذ کرده، در دیگری ثبت فقط اعلام کننده (تسجیل کننده) حقی است که پیش تر ایجاد شده است و این نظام در حقوق فرانسه (در حوزه ثبت املاک) و کشورهای که تحت تأثیر نظام حقوقی فرانسه (French-inspired jurisdictions) هستند، نفوذ دارد (Chen, 2007, p.7) تحلیل نظام حقوقی حاکم در ایران نیز در مباحث آینده نشان خواهد داد که نظام ثبتی ایران از نظر آثار، نظام ثبتی ایجادى می باشد.

۱. نظام‌های ایجادی

در این بخش، نخست به بررسی مفهوم نظام ایجادی و سپس به انواع آن می‌پردازیم.

۱.۱. مفهوم نظام ایجادی

نظام‌های ایجادی نظام‌هایی هستند که انتقال حق مالکیت میان متعاقدين با انجام عملیات ثبتی صورت می‌گیرد و تا پیش از انجام ثبت، حق عینی برای منتقل‌الیه ایجاد نمی‌شود.

این مفهوم از نهاد ثبت، از مجموعه قوانین ژوستینین نشئت می‌گیرد و مبتنی بر قوانین بنیادین ژرمن‌هاست؛ به‌ویژه قوانین آلمان، سوئیس، هلند و اسپانیا. بر اساس این نظام، قرارداد صرفاً خالق تعهد، و عملیات ثبتی ناقل حق مالکیت است (Bursaux, 1969, p. 4). این قاعده، توسعه و بسط مستقیم «تسلیم رومی» (Tradition romaine) بوده که در کشورهای ژرمنی حفظ شده است و بر اساس آن بیع صرفاً ایجادکننده تعهد است، نه انتقال‌دهنده حق مالکیت (Simler et Delebecque, 2009, p.731).

در نظام پیش‌گفته، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی محدود شده است. در کشورهای پیرو این نظام، دکترین اغلب به مخالفت با «نظام‌های مونیست یا مبتنی بر مفهوم یگانگی» (les systèmes monists) برخاسته - که عاری از اثر انتقالی برای ثبت هستند و تنها اراده را برای ایجاد و نقل و انتقال حقوق عینی کافی می‌دانند - و به سوی نظام‌های مبتنی بر مفهوم دوگانگی (Dualiste) انتقال - که اراده به انضمام ثبت را برای ایجاد و نقل و انتقال حقوق عینی لازم می‌دانند - حرکت کرده است (Brochu, 1999, p.273).

در واقع نظام ایجادی، ضمانت اجرای ثبت نشدن را عدم نقل و انتقال حقوق عینی مربوط به املاک، حتی میان متعاقدين می‌داند و همین امر امکان حمایت هم‌زمان از مالک و اشخاص ثالث را در این سیستم فراهم می‌کند.

۱.۲. انواع نظام‌های ایجادی

این نظام‌ها از لحاظ اینکه ثبت علت منحصر نقل و انتقال باشد یا نه، به دو گروه قابل تقسیم هستند؛ به عبارت دیگر نظام‌های ایجادی نیز از این لحاظ که آیا عملیات نقل و انتقال حقوق عینی غیرمنقول بسیط (ثبت علت منحصر نقل و انتقال) و یا

مرکب و دوگانه (ترکیب ثبت و قرارداد سبب نقل و انتقال) باشد، به دو گروه تقسیم می‌شوند:

الف) نظام‌های مرکب یا دوگانه

گروه اول از نظام‌های ایجاد، نظام‌هایی هستند که فرایند نقل و انتقال را به وسیله دو عنصر حفظ کرده‌اند و جمع هر دو عنصر را برای انتقال مالکیت لازم می‌دانند: اولی عنصر «قرارداد» و دومی عنصر «عمل مادی»؛ یعنی ثبت در دفاتر ثبتی (Inscription). در این فرایند، عنصر دوم (عمل مادی) فقط به وسیله عنصر اول (قرارداد) و بر مبنای آن می‌تواند به وجود آید؛ به عبارت دیگر، عمل مادی بدون قرارداد قابل تحقق نیست (L'acte matériel est causé par le contrat) و قرارداد علت و پایه عمل مادی است (اصل سببیت یا علیت).

این نظام‌ها تحت تأثیر حقوق رم ایجاد شده بودند و به ویژه تا قرن هفدهم میلادی بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا را تشکیل می‌داده‌اند. عملیات ثبت در این نظام‌ها قرارداد را تکمیل می‌کند و ثبت، تشکیل دهنده و تکمیل کننده حق است. ثبت به تنهایی هیچ چیز را به وجود نمی‌آورد؛ چنان که قرارداد نیز به تنهایی چیزی را ایجاد نمی‌کند، بلکه مجموع ثبت و قرارداد، ایجادکننده حقوق عینی نسبت به مال غیرمنقول است. به بیانی دیگر، انتقال حق مالکیت مستلزم عملیاتی دوگانه و مرکب (شامل قرارداد و ثبت) است. اتریش و سوئیس از نظر ثبتی چنین نظامی دارند (Mouly, 2003, p. 33).

تحلیل نظام حقوقی ایران نیز بیانگر آن است که نظام ایجاد مرکب مورد نظر قانون‌گذار ثبتی بوده و ثبت در اعتبار عمل حقوقی راجع به املاک مؤثر است.

ساختار نظام ثبتی ایران همواره نظامی عینی بوده که در آن «املاک» مبنای پایه ثبت است. کارآمدی و به‌روز بودن این نظام مستلزم اجباری بودن ثبت معاملات املاک است؛ در غیر این صورت، با گذر زمان و انجام معاملات عادی و عدم ثبت آن‌ها، نظام ثبتی دیگر نمی‌تواند وضعیت حقوقی املاک ثبت شده را به درستی نشان دهد. از سوی دیگر، «اجباری بودن» ثبت معاملات رابطه مستقیم با «ضمانت اجرای عدم ثبت» آن‌ها دارد. لذا در صورتی که این ضمانت اجرا مؤثر و قوی نباشد، نمی‌توان از اجباری بودن معاملات اموال غیرمنقول ثبت شده سخن گفت. مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت به صراحت از اجباری بودن ثبت معاملات انتقال دهنده و یا ایجادکننده حقوق عینی اموال غیرمنقول

سخن می‌گویند. بر این اساس، می‌توان گفت پذیرش مفهومی ضعیف و غیرمؤثر از ثبت و در نتیجه پذیرش ضمانت اجرایی ضعیف، در حقیقت اجتهاد در برابر نص صریح مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت می‌باشد. بنابراین در تفسیر موادی از قانون ثبت که در مقام بیان ضمانت اجرای الزام پیش‌گفته می‌باشند، به‌ویژه مواد ۲۲ و ۴۸ ق.ث، باید به‌دنبال مفهومی بود که ضمن هماهنگی با نوع نظام ثبتی ایران، منطبق با مفهوم اجباری بودن ثبت (به معنای داشتن ضمانت اجرای مؤثر و قوی) باشد و افزون‌براین، تأمین‌کننده همه مبانی نظام ثبتی بوده، از مالکان و اشخاص ثالث به‌طور کامل حمایت کند و بتوان گفت که شکل‌گرایی ثبتی به هدف «حمایت از منافع خصوصی مالکین و اشخاص ثالث» به‌عنوان یکی از مبانی نظام‌های ثبتی دست یافته است.

دیگر آنکه لحاظ سابقه تاریخی ماده ۲۲ قانون ثبت که به‌نظر می‌رسد برگرفته از ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس^۷ بوده و شباهت نظام ثبتی ایران به نظام ثبتی سوئیس و آلمان که دارای «نظام ثبت عینی» هستند^۸، تردیدی را باقی نمی‌گذارد که قانون‌گذار در زمان تصویب قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ش، از لحاظ آثار، برقراری «نظام ایجاد» را در حقوق ایران مورد نظر داشته است که بر اساس چنین نظامی، ایجاد و انتقال مالکیت و یا سایر حقوق عینی راجع به اموال غیرمنقول ثبتی به انجام تشریفات ثبت و تنظیم سند رسمی وابسته است. در غیر این صورت، نظام ثبتی از دستیابی به بسیاری از آثار حقوقی و اقتصادی خود نیز باز خواهد ماند.

گروهی از حقوق‌دانان در تحلیل مواد قانون ثبت، تنظیم سند رسمی را شرط صحت بیع املاک ثبت شده می‌دانند که این دیدگاه منطبق با نظام ایجاد است (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۵۰-۲۳۰؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص ۶۱، ۹۰، ۱۲۴). متأسفانه عده‌ای از حقوق‌دانان بدون توجه به فلسفه ایجاد نظام ثبت املاک در ایران و بدون اعتنا به

1. Art . 216 : (Les ventes d'immeuble ne sont valables que si elles sont faites par acte authentique...)

۲. برخی از حقوق‌دانان با بیان این امر که نظام ثبتی ایران از فرانسه اقتباس شده است، تلاش کرده‌اند همان آثار نظام ثبتی فرانسه را در حقوق ایران جاری بدانند؛ در حالی که بررسی سابقه نظام ثبتی فرانسه به‌خوبی بیانگر آن است که نوع نظام ثبتی فرانسه در زمان وضع قانون ثبت ایران، نظامی شخصی بوده، ولی بررسی نظام ثبتی ایران نشان می‌دهد که نظام ثبتی در ایران همواره نظامی عینی بوده است؛ لذا قرابتی با نظام ثبتی فرانسه ندارد تا از نظر آثار نیز آن را تابع حقوق فرانسه بدانیم.

هدف قانون‌گذار از ایجاد نظام ثبتی که حمایت هم‌زمان از مالک و اشخاص ثالث می‌باشد، رعایت تشریفات ثبتی را فقط در امکان استناد به عقود در برابر اشخاص ثالث مؤثر دانسته‌اند (کاشانی، ص ۱۹۸؛ نهرینی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۹-۳۲۰). برخی دیگر از این نیز فراتر رفته، هیچ اثر ثبتی را برای ثبت معاملات املاک ثبت‌شده قائل نیستند و فارغ از همه مبانی نظام ثبتی، هدف نویسندگان قانون ثبت را صرفاً محدود کردن دلیل و آثار اثباتی سند ثبت‌نشده معامله املاک دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۸۱۶؛ شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۷۲-۵۴؛ صفایی، ۱۳۸۲، ص ۴۲). این اختلاف نظر محدود به دکتربین حقوقی نبوده، بلکه در نظریات متعددی از اداره حقوقی^۹ و نیز در آرای قضایی^{۱۰} مشاهده می‌شود.

ب) نظام‌های بسیط

گروه دوم، شامل نظام‌هایی است که انتقال را مبتنی بر «صرف عمل مادی» (عنصر دوم) دانسته‌اند که به‌طور مستقل دارای ارزش و مورد توجه است؛ بدون آنکه هیچ نگرانی در خصوص قرارداد انتقال (عنصر اول) وجود داشته باشد و بدون آنکه عیوب این قرارداد به «عمل انتقال» (Acte réel de transfert) آسیب بزنند. گفته می‌شود که انتقال، مجرد و انتزاعی (Abstrait) است. به عبارت دیگر، انتقال حق مالکیت یک «عمل بسیط و ساده» است که به‌صرف انجام عملیات ثبتی صورت می‌گیرد.

حقوق آلمان دارای نظام ثبتی بسیط است (Lawson, 1958, p. 51). حقوق انگلستان نیز با ایجاد نظام «ثبت املاک» به سوی مکانیسم انتزاعی و مجرد سوق داده شده است، زیرا در سیستم یادشده، ثبت ایجادکننده حق خریدار است (Mouly, 2003, p. 33-34).

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. نظریه مشورتی ۷/۵۳۳۷-۶۲/۱۱/۱۰ (منطبق با نظام ایجادی) نظریه مشورتی ۷/۵۳۹۷-۶۰/۱۲/۵ (انطباق نداشتن با اصول و مبانی حاکم بر نظام‌های ثبتی مورد بررسی) به نقل از: میرزایی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲-۱۴۰.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ (منطبق با نظام ایجادی) در رویه قضایی آرا متعددی را هماهنگ با رأی یادشده می‌توان ملاحظه کرد؛ از جمله دادنامه شماره ۱۰۸۶ مورخ ۸۵/۷/۲۹ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که مقرر می‌دارد: «...با توجه به این که خواهان دعوی مالک رسمی پلاک مورد دعوی نمی‌باشد لذا دعوی نامبرده به خواسته تحویل مبیع مسموع نبوده...». به نقل از: زندگی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۳-۲۰۲.

۲. نظام‌های تأییدی یا حمایتی

در این بخش، نخست مفهوم نظام تأییدی و سپس دلایل اتخاذ آن با وجود محاسن نظام ایجادی بررسی می‌شود.

۲.۱. مفهوم نظام تأییدی

این نظام که به وسیله «کد ناپلئون» بنیان نهاده شده، در جهت رهایی از شکل‌گرایی عهد باستان بوده و در این زمینه موفق هم شده است. با پذیرش مواد ۱۱۳۴، ۱۱۳۵ و ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه، تئوری «حاکمیت اراده» (Autonomie de la volonté) و در نتیجه اصل آزادی قراردادی در حقوق فرانسه پذیرفته شده است. برابر قانون مدنی فرانسه، هر قراردادی به صرف «توافق اراده متعاقدين» منعقد می‌شود. به دلیل کارساز بودن و مزایایی که این تئوری در آن زمان به دنبال داشت، خیلی زود از آن استقبال شد و بسیاری از کشورها از جمله بلژیک، ایتالیا و پرتغال آن را در قوانین خود قرار دادند. قوانین و حقوق عرفی انگلستان نیز مدت‌های طولانی مبتنی بر تئوری یادشده بود و اصل آزادی فردی در نهایت احترام قرار داشت. بریتانیای کبیر ثبت معاملات غیرمنقول را از سال ۱۹۲۵م اجباری نمود و به سمت پذیرش نظام تشریفاتی تغییر مسیر داد.

با توجه به روح حاکم بر حقوق کشورهای یادشده، ثبت صرفاً مجموعه‌ای از اسناد و نوشته‌های اعمال حقوقی به حساب می‌آمد که به عنوان ابزار اطلاع‌رسانی کارایی داشت و حمایت از اشخاص ثالث را با اضافه نمودن شرط تنظیم سند و تحریر عمل حقوقی تضمین می‌کرد. لذا ثبت، عنصری برای امنیت معاملات بود که در حضور سردفتر یا کارمند ثبت صورت می‌گرفت و هرگز بر اعتبار حق ناشی از عمل حقوقی (به مفهوم خاص) اثری نداشت و نبود آن در اعتبار عمل حقوقی خللی ایجاد نمی‌کرد. شکل‌گرایی ثبتی در این مفهوم فقط وسیله‌ای برای حمایت از اشخاص ثالث بود و هرگز نقشی را که در حقوق رم ایفا می‌نمود و یا نقشی را که برای شکل‌گرایی ثبتی در نظام‌های حقوقی ایجادی قائل می‌شدند، بازی نمی‌کرد (Bursaux, 1969, p. 4).

بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که در نظام‌های تأییدی، تنها توافق اراده متعاقدين سبب انتقال حق مالکیت میان آن‌ها می‌شود. تراضی به بیع کافی است و بدون نیاز به هیچ عمل یا تشریفات دیگر، خریدار را مالک مبیع می‌کند. پذیرش این

نظام حاصل تحولات زیادی از جمله اصل حاکمیت اراده بوده که از قرن هفدهم در نظام‌های حقوقی ایجاد شده است (Carbonnier, p. 140).

نظام حقوقی حاکم در فرانسه، ایتالیا و بلژیک به این مکتب تعلق دارد. زمانی که ثبت در میانه قرن نوزدهم به شکل امروزی پدید آمد، می‌بایست با تئوری حاکمیت اراده جمع می‌شد. در نظام‌های حقوقی یادشده از یک سو، بر اساس اصل حاکمیت اراده، خریدار به محض توافق با فروشنده، مالک می‌شود و از سوی دیگر، گفته می‌شود اشخاص ثالث در خصوص معاملات ثبت‌نشده نباید هیچ نگرانی داشته باشند. مفهوم «عدم قابلیت استناد» تدبیری برای جمع این دو تئوری (انتقال حق مالکیت در اثر توافق و واقعیت انتقال به وسیله ثبت) بود (Mouly, 2003, p.34). در واقع ضمانت اجرای ثبت نشدن در این نظام، «عدم قابلیت استناد» معامله ثبت‌نشده در برابر اشخاص ثالث است و به این وسیله از اشخاص یادشده حمایت می‌کند.

الیزابت کوک، حقوق‌دان انگلیسی، به جای استفاده از مفهوم «عدم قابلیت استناد» به عنوان ضمانت اجرای نظام تأییدی، به مفهوم «حق تقدم» متوسل شده است. وی بیان می‌کند که این نظام در ایجاد حقوق و منافع مربوط به املاک اثری ندارد، بلکه بر حق تقدم تأثیر می‌گذارد (Cook, 2003, p.5).

الیزابت کوک نظام‌های تأییدی یا حمایتی را به سه نوع تقسیم می‌کند و در این تقسیم‌بندی به آگاهی خریدار ملک از معاملات مقدم ثبت‌نشده درباره آن ملک توجه دارد. تقسیم‌بندی او به این شرح است:

- نظام‌های ترتیبی (Race systems). اسناد صرفاً به ترتیب ثبت دارای حق تقدم می‌باشند؛ لذا آگاهی داشتن یا نداشتن خریدار از معامله پیشین ثبت‌نشده، هیچ اثری ندارد.
- نظام‌های اطلاعی (Notice systems). اسناد ثبت‌شده از سوی خریدار در صورتی دارای حق تقدم می‌باشند که خریدار از معامله مقدم ثبت‌نشده، آگاه نباشد.
- نظام‌های مختلط (ترتیبی - اطلاعی) (Race-notice systems). خریدار ناآگاه و بدون اطلاع از یک معامله ثبت‌نشده مقدم، صرفاً در صورتی نسبت به آن حق تقدم دارد که سند او ثبت شده باشد (Cook, 2003, p.6)

۲.۲. علل اتخاذ نظام‌های تأییدی؛ موانع حرکت به سوی نظام‌های ایجادی

انطباق بیشتر نظام‌های ایجادی با مبانی نظام ثبتی و فراهم نمودن امکان حمایت هم‌زمان از مالک و اشخاص ثالث و اطلاع‌رسانی دقیق‌تر به آن‌ها در خصوص وضعیت حقوقی املاک، سبب شده که در کشورهایی که نظام تأییدی حاکم است (مانند کشور فرانسه)، حقوق‌دانان تغییر نظام تأییدی به نظام ایجادی را توصیه کنند؛ اگرچه چنین تغییری به دلایل زیر مشکل است:

الف) ناسازگاری نظام‌های ایجادی با روح کلی و حاکم بر نظام حقوقی کشورهای

یادشده

حقوق ثبت یکی از زیرمجموعه‌ها و شاخه‌های هر نظام حقوقی است که می‌باید در ارتباط با شاخه‌های دیگر نظام حقوقی، به‌ویژه حقوق اموال و تعهدات و قراردادهای، در نظر گرفته شود. اصول تشریفات ثبتی در کشورهای دارای نظام تأییدی و آثار شناسایی‌شده برای آن، به‌دنبال آن است که نظام ثبتی کمترین اثر را بر قواعد عمومی (Régle du droit commun) داشته باشد و در نتیجه ضمن تکیه بر آزادی قراردادی، به هر نوع توافق متعاقدين احترام گذاشته شود.

این دیدگاه با نظام‌های ثبتی که مبتنی بر شکل‌گرایی حمایتی بوده و سرانجام از قواعد عمومی قراردادهای منحرف شده‌اند، در تقابل است.

با پذیرش انتقال مالکیت به‌وسیله ثبت در نظام‌های ایجادی، حاکمیت اراده، محدود و اصل آزادی قراردادی زیر سؤال می‌رود. در این نظام بیع مال غیرمنقول بدون ثبت صرفاً تعهد به انتقال است و به انتقال مالکیت منجر نمی‌شود. ایجاد نظام ثبتی با اثر ایجادی، مستلزم ترک قواعد سنتی و عرفی کشورهای یادشده است که مطابق آن توافق اراده میان بایع و منتقل‌الیه به‌خودی خود (Ipsa facto) منجر به انتقال مالکیت می‌شود. کشورهای دارای نظام تأییدی، اغلب کشورهایی هستند که روح حقوق آن‌ها به سمت دوری از حقوق رم و شناسایی حداکثر آثار برای تراضی متعاقدين پیش رفته است. ایجاد نهاد ثبت با اثر ایجادی و نه فقط تأییدی، با سنت حقوقی این کشورها در تعارض بوده، به استقلال اراده آسیب می‌زند و اثربخشی و کارایی آن را محدود می‌کند.

افزون براین، اتخاذ نظام ایجادی در چنین کشورهایی همان‌طور که تجربه عملی بسیاری از کشورها نشان داده است، با مقاومت رویه قضایی روبرو خواهد شد. آثار مثبت در این کشورها، به وسیله محاکم با واکنش غریزی نسبت به شکل‌گرایی مواجه شده است (Dagot et Frémont, 2003, p.18).

واکنش علیه شکل‌گرایی از سوی رویه قضایی دو علت عمده دارد: از یک سو، فهم و برداشت دادرسان و قانون‌گذاران از شکل‌گرایی (ثبتي) یکسان نبوده است؛ درحالی که قانون‌گذاران محاسن و مزایای شکل‌گرایی و کارکرد پیشگیرانه آن را می‌دیدند، دادگاه‌ها به معایب و خطرهای آن توجه کرده‌اند. زیرا در کار دادرسی و حل و فصل دعاوی همیشه با طرفینی روبرو بوده‌اند که یکی از آنها مدعی بطلان یا غیرقابل استناد بودن و... قرارداد به واسطه رعایت نکردن تشریفات شکلی است؛ درحالی که دیگری اجرای تعهدات قراردادی را می‌خواهد. در چنین شرایطی، اگر دادرس قانع شود که توافق اراده‌ها آزادانه و آگاهانه صورت گرفته است، چگونه خواهد توانست مدعی دارای سوء نیت را از وفای به عهد و پیمان خود معاف کند؛ تنها به این دلیل که برای مثال، سند رسمی انتقال تنظیم نشده و معامله ثبت نشده است. بنابراین دادگاه‌ها تلاش کرده‌اند قوانین و مقررات ناظر بر شکل را چنان تفسیر کنند تا از بطلان، غیرقابل استناد بودن یا غیرقابل اثبات بودن عمل حقوقی دارای قیود شکلی تا آنجا که ممکن است، پرهیز شود و عدالت به صورت جزئی و موردی اجرا گردد؛ هدفی که اعمال دقیق ظواهر قواعد حقوقی مجرد و انتزاعی از برآورده کردن آن عاجز است. از سوی دیگر، تمایل دادرسان به اصل آزادی، آن‌ها را به صورتی جزئی به تحدید هرچه بیشتر قواعد شکلی و توسعه حوزه اجرایی اصل رضاگرایی سوق داده است. درحالی که قانون‌گذاران از این پایبندی‌ها رهایی یافته‌اند و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به سبب نادیده گرفتن مصالح عینی اجتماعی و حتی فردی، منتهی شدن به نتایج ناعادلانه و دامن زدن به ناامنی روابط حقوقی، دیگر آن جایگاه رفیع گذشته را ندارد و نظریه‌های دیگری همچون عدالت، مصلحت و اراده‌گرایی اجتماعی به‌عنوان جانشینی برای آن مطرح شده است (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۰-۲۱۹).

بنابراین، اتخاذ نظام ایجادی در چنین کشورهایی به علت تعارض با روح کلی حاکم بر نظام حقوقی آن‌ها مشکلات عملی را در حوزه حقوق افزایش خواهد داد و جلوگیری از این امر مستلزم سازماندهی دوباره قواعد حقوق اموال و تعهدات برای به حساب آوردن

تأثیراتی است که برای ثبت شناسایی شده است که این امر خود ضرورت وجود انقلابی در حقوق این کشورها و حذف بسیاری از اصول بنیادین را مطرح می‌سازد.

ب) مشکلات مادی و تکنیکی

نظام ثبتی با اثر ایجاد در نظام‌های حقوقی که دارای «نظام ثبت عینی» (نظامی که مبنا و پایه ثبت، املاک می‌باشند و هر ملکی دارای یک پرونده ثبتی است که همه اطلاعات مربوط به آن ملک در آن پرونده ثبت می‌شود) هستند، به دلیل ابزارهای خاص این نظام چون «کاداستر» بهتر عمل خواهند کرد؛ در حالی که بیشتر کشورهای دارای نظام تأییدی، دارای «نظام ثبت شخصی» (در این نظام هر شخصی دارای یک پرونده است که همه معاملات ملکی وی در آن پرونده ثبت می‌شود) هستند.

کارکرد بهتر نظام ثبت ایجاد در کشورهایی که ساختار نظام ثبت عینی دارند، کشورهای دارای نظام تأییدی را ملزم می‌کند که ساختار نظام ثبتی خود را از شخصی به عینی تغییر دهند. اتخاذ نظام‌های ثبت عینی زمانی کارآمد و مؤثر است که حق مالکیت اراضی در آن‌ها کاملاً مشخص باشد و این امر مستلزم وجود یک سازمان اداری، یعنی کاداستر، است که قطعات زمین را تقسیم‌بندی کند. اما زمان‌بر بودن ایجاد نظام‌های کاداستر، فقدان به‌روزرسانی کاداستر و نبود آن در سراسر کشورهای مورد بحث و... سبب شده است که نهادی قابل اعتماد برای اطلاع‌رسانی دقیق در خصوص املاک وجود نداشته باشد. هرچند تجربه کشورهای چینی نشان می‌دهد که نمی‌توان به نظام عینی به‌طور مطلق اعتماد کرد و همین امر سبب شده است که در عمل در کنار نظام قانونی که فیش‌های عینی را پیش‌بینی نموده است، فیش‌های شخصی به علت کفایت نداشتن ثبت عینی تدارک دیده شوند.

مشکل مادی دیگری که اتخاذ نظام ایجاد در کشورهایی همچون فرانسه با آن روبروست، مربوط به تعیین مقام مسئول اجرای چنین سیستمی است. این تعارض و اختلاف به سرعت میان وزارت دادگستری - که می‌خواهد مطابق سنت دیرینه، همه اختلافات مربوط به مالکیت غیرمنقول در صلاحیت قضایی نظام حقوقی باشد - و وزارت دارایی - که بر نقش مالیاتی که همیشه امور شکلی ثبتی در فرانسه داشته و با قانون ۲۶ دسامبر ۱۹۶۹ افزایش یافته است تأکید می‌کند - پیش می‌آید. همه پروژه‌ها به‌منظور ایجاد رژیم ثبتی با اثر ایجاد در فرانسه به علت موقعیت وزارت دارایی با شکست روبرو

شد. بنابراین با وجود آگاهی قانون‌گذار فرانسوی نسبت به مزایای نظام ایجادی (نسبت به نظام تأییدی) و انطباق بیشتر آن با مبانی وجودی نظام‌های ثبتی، مسائل پیش‌گفته مانع از اتخاذ چنین نظامی در این کشور گردید (Dagot et Frémont, 2003, p.19).

نتیجه

نظام‌های ثبت املاک با هدف حمایت از مالک و اشخاص ثالثی که با مالک معامله می‌کنند و برقراری ثبات وضعیت حقوقی املاک، امنیت مالکیت و دیگر حقوق عینی مربوط به املاک، به وجود آمده‌اند. برای دستیابی به این امنیت و ایجاد «اعتماد و اطمینان» در معاملات املاک، نظام‌های ثبتی باید مجهز به دو وصف و کارکرد عمده باشند؛ اول آنکه بتوانند در خصوص وضعیت حقوقی ملک به اشخاصی که با مالک وارد معامله می‌شوند، «اطلاع‌رسانی» دقیقی را انجام دهند و دوم اینکه بتوانند سهمی در خدمات قضایی ایفا کنند و بر اعتبار عمل حقوقی مؤثر بوده، به این وسیله از دارنده حقوق ثبت‌شده نسبت به یک ملک در برابر دارنده حقوق ثبت‌نشده «حمایت» کنند. بررسی هر دو مبنای نظام‌های ثبتی (حمایت از مالک و اشخاص ثالث) و توجه به کارکردهای آن به خوبی نشان می‌دهد که ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات در خصوص املاک نمی‌تواند صرف نداشتن قابلیت اثبات عمل حقوقی باشد، بلکه ثبت در اعتبار عمل حقوقی در یکی از درجات اعتبار (بطلان یا عدم قابلیت استناد) در هر حال مؤثر است و محدود کردن ضمانت اجرای ثبت به اثبات و عدم تأثیر آن در مرحله ثبوت حق به معنای نادیده گرفتن مبانی و کارکردهای نظام ثبتی و ارائه راه‌حلی صرفاً مدنی می‌باشد.

بنابراین نظام‌های ثبتی از لحاظ ضمانت اجرا با توجه به مبانی و کارکردهای ثبتی، قابل تقسیم به «نظام‌های ایجادی» و «نظام‌های تأییدی» هستند که در اولی ضمانت اجرای عدم ثبت، بطلان و در دومی ضمانت اجرای عدم ثبت، قابل استناد نبودن معامله ثبت‌نشده است. در نظام‌های حقوقی مختلف، قانون‌گذار باید با توجه به آنکه مبنای اصلی نظام ثبتی حمایت از اشخاص ثالث و یا حمایت هم‌زمان از مالک و اشخاص ثالث است و با در نظر گرفتن ابزارهای موجود، به اتخاذ نوع نظام ثبتی از لحاظ آثار آن بر اعتبار عمل حقوقی بپردازد. تحلیل نظام ثبتی ایران نیز به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذار ثبتی به دنبال ایجاد نظام ثبتی ایجادی در حقوق ایران بوده است و چون

حمایت هم‌زمان از مالک و اشخاص ثالث را مورد نظر داشته، بنابراین ضمانت اجرای عدم ثبت معاملات ناقل حقوق عینی مربوط به املاک، بطلان انتقال است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات (جلد دوم)، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۳)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تعهدات، ج ۱، تهران، گنج دانش.
۳. زندی، محمدرضا (۱۳۹۰)، بیع (رویه قضایی دادگاههای تجدید نظر استان تهران در امور مدنی سال ۸۸-۸۳) چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۷۸)، فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی؛ چاپ دوم، مجموعه مقالات حقوقی، تهران، نشر حقوقدان.
۵. صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها (دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم) چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۶. طباطبائی حصارى، نسرین (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک در دنیا با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، ش ۲، ص ۲۳۷-۲۱۹.
۷. طباطبائی حصارى، نسرین (۱۳۹۱)، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، شکل‌گرایی در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، ماهیت و آثار قولنامه، مجله کانون وکلا، ش ۱۵۱-۱۵۰، ص ۲۵۵-۲۲۵.
۱۰. کاشانی، سید محمود (بی تا)، نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه ملی ایران.
۱۱. میرزایی، علیرضا (۱۳۸۳)، حقوق ثبت کاربردی، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی.
۱۲. نهرینی، فریدون (۱۳۸۴)، ادله استثنایی در اثبات و احراز مالکیت، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۱، ص ۳۴۹-۳۲۰.

(ب) خارجی

13. Brochu, François (1999), Les nouveaux effets de la publicité foncière: du rêve à la réalité?, Les Cahiers de droit, vol.40, n°2, <http://www.erudit.org/2014/7/5>
14. Bursaux, France,(1969) Publicité foncière: dans divers pays d` europe occidentale, Juris- Classeur (Repertoire Notaire, Civil Annexes, Fasc 20), Volume 24, Etude Publiée par la Banque Hypothécaire Européenne.
15. Carbonnier, Jean; Droit civil: la presentation historique, t.3., Paris, Press universitaires de France.
16. Cass. 1 civ., 8 janv. 1969:Bull.Civ. I, N° 15
17. Chen, Lei, The New Chinese Property Code: a Giant Step Forward?, (September 2007), 2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW Vol. 11., <<http://www.ejcl.org/112/article112-2.pdf>>.2014/7/30
18. Cooke, Elisabeth, (2003), The New Law Of Land Registration, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003
19. Dagot, Michel et Frémont, Paul,(2003), Publicité foncière (généralités), Juris-Classeur (Civil Annexes- fasc 30), Groupe LexisNexis.
20. Dagot, Michel et Frémont, Paul(2003), Publicité foncière (organisation): Juris-classeur (Civil Annexes- fasc 30), Groupe LexisNexis.
21. Gueriero, Marie-Antoinette,1975, L` acte juridique solennel, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975
22. Lawson, F.H., (1958) ,Introduction to the Law of Property, Clarendon Press.
23. Mouly, Christian(2003), publicité foncière: Europe occidentale, Juris- Classeur (Civil Annexes 6, Fasc.20), Groupe Lexisnexis.
24. Palmer, David(1998), Security, Risk and Registration, Land Use Policy Vol.15, No. 1, ., Creat Britain, Elsvier Science L.t.d.
25. 13. Picod, Yves(1999), Leçons de droit civil (Sûretés publicité foncière), 7e édition, Paris, Moncherestien.
26. Simler, Philippe et Delebecque, Philippe(2009), Droit civil (Les Sûretés, La Publicité Foncière), 5e édition, Paris, Dalloz.